

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

1

O DIREITO À PRIVACIDADE *VERSUS* A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UM OLHAR A PARTIR DO GÊNERO MULHER

Patrick Costa Meneghetti¹

Ana Paula Schimidt Favarin²

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A PRIVACIDADE ENQUANTO DIREITOS FUNDAMENTAIS; 2 A INTERNET E O CIBERESPAÇO: PELA NECESSIDADE DE UMA REGULAÇÃO; 3 AS TEORIAS DE GÊNERO SOCIAL E A LEI CAROLINA DIECKMANN; 4 A ÉTICA DA ALTERIDADE COMO UMA MECANISMO POSSÍVEL PARA A EFETIVAÇÃO DA IGUALDADE DE GÊNERO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O presente artigo objetiva, a partir de estudos sobre liberdade de expressão e da definição de privacidade, realizar um estudo sobre a influência da internet no direito à privacidade, detendo-se a discussão na proteção a ela. A Constituição Federal de 1988 garante a liberdade de expressão, vedando o anonimato. Da mesma forma, protege o direito à privacidade. Porém, em tempos de sociedade da informação, torna-se difícil responder o que é público e o que é privado. Nesse contexto, é possível conciliar o direito à privacidade e a liberdade de expressão? O que não se pode deixar de lado é a importância da privacidade, enquanto direito fundamental, na vida das pessoas. A liberdade de expressão não pode ferir esse direito, especialmente nas questões de gênero social. O presente artigo inicia conceituando direitos da personalidade e privacidade. Em seguida, busca apresentar definições para internet e ciberespaço. Adiante, realiza um estudo sobre as teorias de gênero social, estabelecendo uma relação dessas teorias com a ética da alteridade. Por fim, apresentam-se as conclusões que o estudo propiciou. Tal estudo foi realizado, especialmente, a partir da técnica bibliográfica e justifica-se tendo em vista a sempre presente discussão sobre a privacidade em tempos de sociedade da informação.

Palavras-Chave: Alteridade; Direitos Humanos; Gênero Social; Liberdade de Expressão; Privacidade.

ABSTRACT

The purpose of this article, from studies on freedom of expression and privacy setting, conduct a study on the influence of the Internet on the right to privacy, stopping the discussion on protecting her. The Federal Constitution of 1988 guarantees freedom of expression, denying anonymity. Similarly, it protects the right to privacy. However, in the information society times, it is difficult to answer what is public and

¹ Autor. Graduado em Direito pela Faculdade Metodista de Santa Maria (FAMES) e Mestrando em Direitos Humanos na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ/RS). Ijuí – Brasil. E-mail: patrickmeneghetti@hotmail.com

² Co-autora. Graduada em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA) e Mestranda em Direitos Humanos na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Bolsista UNIJUÍ. Ijuí – Brasil. E-mail: ana_favarin@hotmail.com

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

2

what is private. In this context, it is possible to reconcile the right to privacy and freedom of expression? What can not overlook is the importance of privacy as a fundamental right in people's lives. Freedom of expression can not hurt this right, especially in matters of social gender. This article begins conceptualizing personality rights and privacy. Then search display settings for Internet and cyberspace. Forward, conducts a study of the theories of social gender, establishing a relationship of these theories with the ethics of otherness. Finally, we present the conclusions that the study provided. This study was carried out, especially from the technical literature and is justified in view of the ever-present discussion of privacy in the information society times.

KEY WORDS: Otherness; Human rights; Social gender; Freedom of expression; Privacy.

INTRODUÇÃO

Embora considerada como um direito negativo, ou seja, sem a plena regulação do Estado, no contexto brasileiro a Constituição Federal garante a liberdade de expressão. No mesmo sentido, hodiernamente há uma grande dificuldade em se definir o que é público e o que é privado, especialmente por haver uma linha tênue que separa esses dois espaços, bem como pelo desejo de muitas pessoas em tornar público o que tradicionalmente era considerado privado. Porém, mesmo diante dessa dificuldade, o que não se pode deixar de lado é a importância da privacidade, enquanto direito fundamental, na vida das pessoas.

Considerando, então, a importância desse direito, o presente artigo pretende, a partir da definição de privacidade, tida como direito da personalidade, centrando-se na obra de Marcel Leonardi, realizar um estudo sobre a influência da internet no direito à privacidade.

Para tanto, inicia discorrendo sobre liberdade de expressão. Segue conceituando direitos da personalidade e privacidade. Em seguida, busca apresentar definições para internet e ciberespaço. Adiante, realiza um estudo sobre as teorias de gênero social, estabelecendo uma relação com a Lei Carolina Dieckmann. Afinal, pode-se afirmar que, caso não se tratasse de fotos de uma mulher, talvez as imagens não fossem divulgadas. Ou seja, há uma relação entre gênero e a violação da privacidade. Sequencialmente, estabelece-se uma conexão com a ética da alteridade enquanto um mecanismo de equilíbrio entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade. Por fim, apresentam-se as conclusões que o estudo propiciou.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

3

Como embasamento para a presente investigação e discussão, recorre-se aos textos de Leonardi (2012), Bauman (2013), Pires e Ferraz (2008), Soihet (2001), Strey (2001), Campos (2004) e Grossi, Casanova e Starosta (2004), Costas Douzinas (2009), Warat (2010), dentre outros.

1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A PRIVACIDADE ENQUANTO DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Declaração da ONU protege a liberdade de expressão, assim como a maioria dos regimes democráticos. No caso brasileiro, em especial, a Constituição Federal, no seu artigo 5º, garante a liberdade de expressão, vedando o anonimato. Da mesma forma, há a relação dessa liberdade com a liberdade de imprensa, a qual, em nome da informação, muitas vezes fere a privacidade dos cidadãos.

Segundo Sankiewicz (2011), a livre manifestação do pensamento, a liberdade de consciência e de crença, a proibição de qualquer privação de direitos por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, dentro outros, garantem a liberdade de expressão. Porém, embora garantida constitucionalmente, é preciso conciliar a liberdade de expressão com o direito à privacidade. E sobre privacidade o próximo item pretende discorrer.

1.1 DEFINIÇÃO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Pode-se datar o surgimento do direito à privacidade anteriormente à Constituição Federal de 1988 e ao Código Civil de 2002, uma vez que pertencendo aos chamados direitos da personalidade, porém de caráter individualista. (LEONARDI, 2012).

Leonardi (2012, p.91) define direitos da personalidade como “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

4

as suas emanções e prolongamentos”. Da mesma forma, direitos da personalidade são

os direitos subjetivos particulares, que consistem nas prerrogativas concedidas a uma pessoa pelo sistema jurídico e asseguradas pelos meios de direito, para fruir e dispor, como senhor, dos seus atributos essenciais da sua própria personalidade, de seus aspectos, emanções e prolongamentos, como fundamento natural da existência e liberdade, pela necessidade da preservação e resguardo da integridade física, psíquica e moral do ser humano, no seu desenvolvimento. (LEONARDI, 2012, p. 91)

Nesse contexto, os direitos da personalidade podem ser caracterizados como:

absolutos, irrenunciáveis, essenciais, não-pecuniários, intransmissíveis e imprescritíveis nas suas manifestações plúrimas, como atributos da própria personalidade; não só aquilo que a pessoa tem, mas naquilo que ela é, concebendo a pessoa humana na sua mais alta expressão, não meramente como ser racional. (LEONARDI, 2012, p.92)

Por sua vez, no cenário internacional, as principais influências na evolução da doutrina dos direitos da personalidade vieram da Constituição Alemã de 1949, tendo em vista que, para o Tribunal Constitucional da Alemanha, “todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado à luz dos direitos fundamentais, que formam um sistema de valores baseados no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana” (LEONARDI, 2012, p.93-94).

No cenário brasileiro, a promulgação da Constituição Federal de 1988 estabeleceu um sistema normativo com base no princípio da dignidade da pessoa humana, considerado um dos fundamentos da República, elencado logo de início no artigo 1º da Carta Magna. Porém, a necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana foi, em trágica ironia, implementada anteriormente, pelo Ato Institucional Número Cinco (AI-5), em 1968, o que, de acordo com Leonardi (2012, p.99), “fora de um Estado de Direito, princípios jurídicos e garantias constitucionais transformam-se em *slogans vazios*”.

O Código Civil de 2002, posteriormente, em uma lógica essencialmente individualista e patrimonialista, apresentou um capítulo específico sobre os direitos da

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

5

personalidade, afirmando, por exemplo, no artigo 21, que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (LEONARDI, 2012, p.94).

Embora por uma ótica bastante privatista, de difícil ligação com a ordem pública constitucional, segundo Leonardi (2012, p.94-95) “a privacidade é reconhecida como um direito fundamental em praticamente todos os tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil”.

Por fim, para Leonardi (2012, p.95), “a dignidade da pessoa humana como fundamento da República se configura uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento”. Assim, “a privacidade e outros direitos fundamentais passaram a ser reconhecidos como princípios jurídicos” (LEONARDI, 2012, p.98), o que exige o estudo acerca desse importante tema.

1.2 DEFINIÇÃO DE PRINCÍPIOS E CONFLITO DE PRINCÍPIOS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO *VERSUS* PRIVACIDADE

Conforme Leonardi (2012, p.98), “a privacidade e outros direitos fundamentais passaram a ser reconhecidos como princípios jurídicos”. A partir dessa afirmação, o autor faz uma distinção entre princípios e regras ao estabelecer que os princípios são “palavra plurívoca, são as normas mais fundamentais, mandamentos nucleares ou núcleos de condensações de um sistema jurídico, enquanto as regras são a concretização dos princípios, de caráter instrumental” (LEONARDI, 2012, p.98). Percebe-se, portanto, os princípios como um “estado ideal das coisas” (LEONARDI, 2012, p.99).

Diante desse contexto, passa-se a discutir a colisão entre princípios, o que é recorrente, especialmente, a título de exemplo, quando se trata do direito à privacidade e o direito à informação, tão presentes na sociedade em rede atual, considerando o contexto de gênero social. Leonardi apud Dworkin (2012, p.100)

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

6

afirma que, em caso de colisão entre princípios, “não se deve questionar sua validade, mas sim seu peso, devendo prevalecer, conforme o caso concreto, aquele que for considerado mais importante”.

Leonardi apud Alexy (2012, p.100), por sua vez, afirma que

princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes e, por isso, são mandamentos de otimização, caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Para ele (2012, p.103-104), “se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder, total ou parcialmente”. Um exemplo claro é a colisão entre liberdade de imprensa e a privacidade, destacando que “realizar uma ampla liberdade de imprensa pode, em muitos casos, ser incompatível com a proteção ideal da privacidade de algumas pessoas” (LEONARDI apud VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, 2012, p.104).

Assim, com a finalidade de determinar qual princípio deve prevalecer nos casos de colisão entre eles, é necessário efetuar um “sopesamento, ou seja, um exame de proporcionalidade, de modo a se chegar, em um determinado caso, à melhor solução possível, ou seja, ao resultado ótimo” (LEONARDI, 2012, p.105).

A teoria proposta por Robert Alexy para lidar com a colisão de princípios pode ser sintetizada da seguinte forma:

a) os direitos fundamentais são, na maior parte dos casos, princípios, ou seja, mandamentos de otimização que devem ser realizados ao máximo, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes; b) há frequentes colisões entre princípios, as quais exigem restrições recíprocas, levando-se em consideração que quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro; c) desde que o legislador não tenha efetuado uma ponderação prévia e editado uma regra específica aplicável ao caso, a colisão entre princípios é resolvida pelo sopesamento; d) o sopesamento deve ser racional o que é alcançado por uma fundamentação, baseada em uma argumentação jurídica sólida e objetiva, pois do contrário corre o risco de ser arbitrário. (LEONARDI apud ALEXY, 2012, p.107)

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

7

No caso concreto da liberdade de expressão *versus* o direito à privacidade, partindo da lei do sopesamento proposta por Alexy, é necessário considerar que o legislador já efetuou uma ponderação prévia, editando uma regra específica aplicável ao caso, ao editar a Lei 12.737/2012, conhecida como Lei Carolina Dieckmann.

1.3 A PRIVACIDADE COMO PRINCÍPIO E A DIMENSÃO DE SEU PESO *versus* A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

A partir da definição de direitos da personalidade apresentada, reconhece-se, claramente, como fundamental o direito à privacidade, apresentando, em razão da sua amplitude, conforme Leonardi (2012, p.112-113), “estrutura de princípio, constituindo-se em mandamento de otimização que deve ser realizado dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, um elemento essencial à sua tutela é a dimensão de seu peso”. Diante desse contexto, emerge o questionamento acerca de qual é o peso da privacidade.

Não há, portanto, uma fórmula pronta capaz de determinar, *prima facie*, o peso que deve ser atribuído à privacidade. Em outras palavras, a privacidade não tem um valor uniforme em todos os contextos, sendo impossível escapar da necessidade da análise das circunstâncias do caso concreto, para que se possa aplicar a chamada lei do sopesamento: “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. (LEONARDI, 2012, p.113)

Segundo Leonardi (2012), a doutrina identifica diversos elementos úteis, tanto positivos quanto negativos, para determinar o valor da privacidade. Entre os benefícios da privacidade, costuma-se destacar a promoção do bem-estar; a criação de espaços para relações de intimidade; livre desenvolvimento da personalidade; e manutenção do Estado Democrático de Direito.

Dentre os malefícios, os mais comentados são o isolamento social; a proteção do indivíduo em detrimento da coletividade; a dificuldade do controle social; o embaraçamento das relações sociais; o embaraçamento das relações comerciais; e a interferência na livre circulação de informações. “Há quem atribua à privacidade um

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

8

valor intrínseco, ou seja, decorrente de sua própria condição, e não um valor instrumental, que facilita a consecução dos seus objetivos”, completa Leonardi (2012, p.118).

É preciso compreender que o valor da privacidade está diretamente ligado às suas contribuições para a manutenção do tecido social, e não apenas à proteção de interesses exclusivamente individuais. Dito de outra forma, é necessário reconhecer a dimensão coletiva da privacidade. (LEONARDI, 2012, p.119)

Pelo entendimento do liberalismo jurídico tradicional, a privacidade se constitui em um direito essencialmente individual. Esse conceito de privacidade contrapõe o indivíduo à coletividade, isto é, a pessoa é considerada em si mesma, em oposição à sociedade. A privacidade, entretanto, indiscutivelmente, tem um valor social, pois “ela molda as comunidades sociais e fornece a proteção necessária aos indivíduos contra diversos tipos de danos e intromissões (...). A individualidade da pessoa deve ser incorporada ao conceito de bem comum, e não entendida como seu contraponto”. (LEONARDI, 2012, p.121)

É por isso que se propõe o reconhecimento de uma dimensão social da privacidade. A evocação da privacidade supera o tradicional quadro individualista e se dilata em uma dimensão coletiva, a partir do momento em que deixa de considerar o interesse do indivíduo enquanto tal, para reconhecê-lo como membro de um determinado grupo social. Isso significa que não se deve entender a tutela da privacidade como a proteção exclusiva de um indivíduo, mas sim como uma proteção necessária para a manutenção da estrutura social. Assim,

A privacidade não é valiosa apenas para vida privada de cada indivíduo, mas também para a vida pública e comunitária. (...) O direito à privacidade consiste em tutela indispensável ao exercício da cidadania. (...) A privacidade não deve, portanto, ser vista como um desejo, um capricho ou uma necessidade individual, mas sim como uma dimensão profunda da estrutura social. (LEONARDI, 2012, p.122-123)

Porém, embora partindo do grande valor da privacidade tanto para a vida privada quanto para a vida pública e comunitária, o surgimento da sociedade

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

9

confessional sinalizou o derradeiro triunfo da privacidade. Para Bauman (2013, p.108-109), “a privacidade invadiu, conquistou e colonizou o domínio público, mas à custa de perder sua autonomia, seus traços característicos e seu privilégio mais valorizado e defendido com ardor”.

Mas o que é privado? Para Bauman (2013, p.109), é “qualquer coisa que pertença ao domínio da privacidade”. E para explicar privacidade o autor se vale do site *Wikipedia*, para o qual a privacidade “é a capacidade de um indivíduo ou grupo excluir a si mesmo, ou excluir informações sobre si, e desse modo revelar-se seletivamente” (BAUMAN, 2013, p.109). Por outro lado, o que é arena pública? Segundo Bauman (2013, p.109), “um espaço com acesso aberto a qualquer um que deseje entrar, olhar e ouvir”. Nesse contexto, verifica-se que “as terras do ‘público’ e do ‘privado’ tendem a estar em pé de guerra, tal como as leis e normas de decência que prevalecem nesses domínios” (BAUMAN, 2013, p.110).

A atual crise da privacidade está inextricavelmente conectada à fragilização e decadência de todo e qualquer vínculo inter-humano. Nessa interligação entre o colapso da privacidade e a ruptura dos vínculos, um fator é o ovo e o outro, a galinha, e é perde de tempo discutir sobre qual vem primeiro e qual vem depois. (BAUMAN, 2013, p.116).

Porém, não é perda de tempo discutir mecanismos de proteção à privacidade, considerando a importância dela, embora muitos a dispensem, a ponto de Manuel Castells (2013, p.175) afirmar que, em relação à privacidade na sociedade atual, “Não é uma crise, é que não amo mais você”. Nesse sentido, merece destaque a Lei 12.737/2012, conhecida como Lei Carolina Dieckmann.

2. A INTERNET E O CIBERESPAÇO: PELA NECESSIDADE DE UMA REGULAÇÃO

A fim de proteger direitos de forma efetiva no âmbito da Internet, é preciso, inicialmente, regular a Rede pelo sistema jurídico. Para tanto, conforme Leonardi (2012), é preciso uma abordagem interdisciplinar. Nesse sentido, “o jurista necessita de consciência tecnológica, ou seja, não pode permanecer insensível diante dos

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

10

novos problemas decorrentes da tecnologia, devendo adotar uma atitude reflexiva crítica e responsável” (LEONARDI, 2012, p.126). Assim sendo, escrever sobre regulação de um desafio transforma-se um dever.

Inicialmente importa destacar que a Internet, no período entre 1980 e 1990, representava um espaço livre e separado de territórios físicos, inclusive “imune à soberania dos Estados organizados”. (LEONARDI, 2012, p.126).

Esse território livre foi chamado de “ciberespaço” (expressão criada por William Gibson em 1984): uma nova fronteira eletrônica, “pátria da era da informação, lugar em que o futuro está destinado a resistir”, similar ao Velho Oeste norte-americano, intacto e autorregulamentado, recheado de oportunidades e com recursos infinitos em que “todos são tão virtuais quanto as sombras da caverna de Platão”. (LEONARDI, 2012, p.126-127)

Da mesma forma, várias outras definições foram apresentadas para Ciberespaço, tais como “o lugar em que as conversas telefônicas parecem ocorrer, não dentro dos aparelhos, mas entre os telefones, apesar de não existir nada físico em relação ao ciberespaço, faria sentido falar nele em um lugar separado” (LEONARDI, 2012, p.127).

Ele poderia ser, também,

“espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores, definição que engloba o conjunto dos sistemas de comunicação eletrônicos – incluídos os conjuntos de redes – na medida em que transmitem informações provenientes de fontes digitais ou destinadas à digitalização” (LEONARDI, 2012, p.127).

Quanto a Internet, levando-se em conta o ensinamento colhido por LEONARDI (2012, p.149),

é qualquer conjunto de redes de computadores ligados entre si por roteadores e gateways, como por exemplo, aquela de âmbito mundial, descentralizada e de acesso público, cujos principais serviços oferecidos são o correio eletrônico, o chat e a web, e que é constituída por um conjunto de rede de computadores interconectados por roteadores que utilizam o protocolo de transmissão. (LEONARDI, 2012, p.128).

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

11

Porém, independentemente da definição adotada, são indiscutíveis os conflitos oriundos da Internet. Da mesma forma, para tentar lidar com esses conflitos, ao longo do tempo surgiram várias correntes doutrinárias, destacando-se a autorregulação; a criação de um “direito do ciberespaço”, separado do direito convencional; a aplicação dos institutos jurídicos tradicionais, com o emprego da analogia para lidar com a Internet; e a abordagem mista, utilizando o sistema jurídico em conjunto com a própria arquitetura da Internet. (LEONARDI, 2012, p.130).

LEONARDI (2012, p.158) cita o modelo geral de regulação de Lawrence Lessig, que se subdivide em quatro modalidades de regulação: o direito, as normas sociais, o mercado e a arquitetura. Analisando essas modalidades de regulação, tem-se que o direito nem sempre é a modalidade mais eficiente para a satisfação da tutela pretendida pela vítima em relação à Internet.

As normas sociais regulam tão somente o comportamento na rede, e não possui regras definidas, é equiparada a influência dos costumes no comportamento da sociedade para o direito (“netiqueta”). O mercado também regula o comportamento na rede, mas o faz por meio de cobrança dos serviços prestados de conexão a Internet e/ou de liberação de acesso a determinado conteúdo na rede através de pagamento.

Entretanto, nenhuma dessas modalidades tem efeito tão imediato quanto a arquitetura, que é a regulação da Internet por meio de modificação de como ela foi inicialmente projetada, ou seja, sua “arquitetura”, para que se obtenha a proteção de determinado direito.

Essas quatro modalidades de regulação interagem entre si, mas o direito como deveria ser, tem superioridade em relação as demais, tendo em vista que através do direito se pode modificar as características das outras modalidades e o contrário, estas outras modalidades mudarem o direito, não é possível.

Por mais que se saiba que a arquitetura é a modalidade que possui maior eficácia de resultados em relação aos problemas apresentados no uso da Internet, o Direito possuirá papel fundamental nessa regulação, uma vez que através dele se

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

12

dará as determinações para alterações necessárias na maneira como foi concebida a Internet (sua arquitetura) para se atingir a tutela dos interesses pretendidos.

Para Bauman (2013, p.119-120)

A coexistência do privado com o público é cheia de som e fúria. No entanto, sem essa copresença o convívio humano não seria mais concebível que a existência da água sem a copresença do hidrogênio e do oxigênio. Cada um dos parceiros copresentes precisa do outro para permanecer em condição viável e sadia; em seu tipo de coexistência, uma guerra de atrito é equivalente ao suicídio de ambos.

Nesse contexto, é possível verificar a necessidade de uma boa relação entre o público e o privado. Daí a necessidade de mecanismos legais que venham a impedir a falta de privacidade, especialmente quando relacionada à questão de gênero.

3 AS TEORIAS DE GÊNERO SOCIAL E A LEI CAROLINA DIECKMANN

Antes de se recapitular as principais teorias de estudo de gêneros, cumpre considerar a definição de gênero proposta por Joan Scott, através das palavras de Petersen (1999, p.17): “Compõe-se de duas partes, ou seja, gênero é: 1º. um elemento constitutivo das relações sociais fundamentadas sobre diferenças percebidas entre os dois sexos e 2º. um primeiro modo de dar significado às relações de poder”.

A abordagem do gênero enquanto construção social e artífice de atribuição de poder implica necessariamente a inclusão do estudo da relação homem-mulher sob uma perspectiva histórica, na qual aspectos políticos e objetivos passam a atuar em dueto com uma interface pessoal e subjetiva, oriunda essencialmente da experiência da mulher na História (PETERSEN, 1999).

Pires e Ferraz (2008, p.26) acrescentam:

O conceito de gênero refere que, como se nasce e se vive em tempos, lugares e circunstâncias específicos, existem muitas e conflitantes formas de definir e viver a feminilidade e masculinidade. Assim, noções essencialistas

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

13

universais e históricas de homem e mulher – no singular – passam a ser consideradas simplistas e contestadas.

Enquanto construção sócio-histórica, as relações entre os gêneros são estudadas fundamentalmente a partir de três correntes teóricas – patriarcado, marxismo e psicanálise – as quais procuram, a seu modo, explicar os porquês dos equívocos entre feminino e masculino e as raízes da discriminação imposta durante séculos à mulher.

Ao discorrer sobre a teoria do patriarcado, Petersen (1999, p.20) comenta:

Para que o poder patriarcal se impusesse e perdurasse, foi necessário organizar o poder paterno na família e apoiá-lo numa ideologia que enfatizasse uma hierarquia extrema entre os sexos, legitimando o exercício do poder masculino. Esse processo durou vários séculos e exigiu uma transformação ideológica, política, econômica, social e até religiosa para consolidar o poder absoluto do homem.

A teoria do patriarcado remonta à noite dos tempos, quando as primeiras grandes civilizações do oriente vieram à luz, cimentadas pela formação da propriedade privada e da sociedade de classes. A supremacia masculina viu-se legitimada igualmente pela proliferação do culto aos deuses másculos e guerreiros, o qual sobrepujou a religião tradicionalmente pacífica e agrária das divindades femininas ligadas a terra.

O poder patriarcal abençoado pelos deuses não encarna apenas o poder do pai sobre a sua família (mulher e descendentes), mas também a hegemonia do homem sobre toda a sociedade. Ao pai de família, cabeça do clã, é legítimo regulamentar a sexualidade e a afetividade femininas, restringindo a mulher ao espaço privado da casa e às funções reprodutivas, visando, com isso, a assegurar a pureza de sua descendência.

Convertida a mulher em objeto a ser resguardado, torna-se igualmente fonte de inquietações e suspeição. Mais do que isso, acaba por personificar o próprio mal, na medida em que se constitui em tentação constante para os inimigos da família,

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

14

pretexto para se conspurcarem linhagens e se desonrar o bom nome masculino. Petersen (1999, p.21) afirma:

Todos os sistemas patriarcais têm três características em comum: a separação entre os sexos, um estado de guerra entre eles e o ressurgimento do *Outro feminino* no mundo imaginário do homem (...) a separação dos sexos reduz a possibilidade de encontro entre ambos. À força de imaginar-se *Um* como o bem e *Outro* como o mal, acaba-se por não perceber o que ambos têm em comum – a humanidade.

A vertente marxista reforça o caráter histórico das relações de gênero, radicando a subordinação da mulher sobre a emergência da propriedade privada e da família monogâmica. Petersen (1999, p.24) salienta:

O primeiro antagonismo de classes que apareceu na história coincide com o desenvolvimento do antagonismo entre o homem e a mulher na monogamia; e a primeira opressão de classes, com a opressão do feminino pelo masculino. A monogamia foi um grande progresso histórico, mas, ao mesmo tempo, iniciou, juntamente com a escravidão e as riquezas privadas, aquele período, que dura até nossos dias, no qual cada progresso é simultaneamente um retrocesso relativo, e o bem-estar e o desenvolvimento de uns se verifica à custa da dor e da repressão de outros.

A identidade feminina repousa na função de procriadora; qualquer outro trabalho é desempenhado alternativamente e não prioritariamente, o que desvaloriza o passe profissional da mulher e a caracteriza como mera reserva de mão-de-obra para tempos difíceis (PETERSEN, 1999).

As teorias psicanalíticas convergem para os processos de criação da identidade do sujeito, remontando às primeiras etapas do desenvolvimento infantil para explicitar a formação das noções de gênero.

Há uma vertente francesa (lacaniana), a qual sustenta que “as diferenças de gênero estão inscritas no léxico, não havendo, portanto, palavras neutras que indiquem uma relação de igualdade entre os sexos” (PETERSEN, 1999, p.31). Sendo a identidade do sujeito construída a partir da leitura que os outros fazem dele, a mulher

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

15

se identifica como submissa ao homem na medida em que lê na visão que este possui dela um discurso sexista, que a coloca em permanente desvantagem.

Outra tradição psicanalítica é a anglo-americana, que situa a construção da identidade do sujeito nas relações que se estabelecem entre mãe e filho. Quando criança o menino é profundamente dependente da figura materna. No entanto, à proporção que cresce, vê-se na contingência de se libertar desta influência feminina. Tal processo implica a desvalorização de tudo que é inerente ao feminino, incluídas aí a sexualidade e a maternação.

Além do mais, como Petersen (1999, p.34) pontua, reafirmando o pensamento de Chodorow, principal expoente da escola anglo-americana:

A maternação das mulheres, no entendimento da autora, é central para a divisão do trabalho por sexo e a função materna das mulheres tem profundos efeitos nas suas vidas, na ideologia sobre elas, na reprodução da masculinidade e desigualdade dos sexos e na reprodução de determinadas formas de força de trabalho.

A tendência atual é aproximar as três vertentes de estudo de gênero, visando uma complementaridade entre elas. Tende-se a concluir que as identidades feminina e masculina se formam a partir da influência de um *modus vivendi* patriarcal, o qual, por sua vez, consagra a inferioridade da mulher através da instituição da sociedade de classes, monogâmica e movida pela força de trabalho por excelência – a do homem.

De acordo com Lauretis (1994), o sujeito constituído no gênero, não pode estar apenas relacionado a diferença sexual, “a imbricação de gênero e diferença (s) sexual (ais), precisa ser desfeita e desconstruída” (LAURETIS, 1994, p. 208). Ao se colocar o conceito de gênero, como parâmetro para a efetivação dos direitos da mulher, nota-se que a mulher é prejudicada, haja vista, a concepção errada, no que se refere ao conceito de gênero, definindo-o apenas como diferenças entre os sexos. Foi por tal razão que os feministas propuseram o emprego do termo “gênero” (gender em inglês).

O emprego deste termo permite que se fale de homens e mulheres fora do

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

16

determinismo biológico, pois grande parte das diferenças entre os sexos não é devida a aspectos biológicos, mas consequência da construção social da realidade. (GIULIA, 2000, p. 234.)

Segundo Facchi (2011, p.143), “as mulheres ainda são, na guerra e na paz, as vítimas principais de atos de violência física e moral, dos invasores e dos familiares”. Mais ainda: o agressor encontra uma rede de solidariedade junto aos outros homens, que costumam se colocar no seu lugar, concluindo que existem motivos para ele agir de tal modo.

Nesse contexto, a internet, juntamente com os novos aparatos tecnológicos desenvolvidos nos últimos tempos, colocou para o Direito Penal problemas então desconhecidos. Diante disso, em abril de 2013, entrou em vigor no Brasil a Lei Nº 12.737, apelidada de Lei Carolina Dieckmann³, a qual, alterando o Código Penal, tipificou criminalmente os delitos informáticos. São eles, especialmente, invasão de dispositivo informático e interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública.

Embora a lei esteja destinada a tipificar crimes que ocorrem por meio de informática, apresenta, também, uma importante discussão sobre gênero. Indiscutivelmente, as fotos da atriz “vazaram” na Internet por se tratar de fotos de uma mulher, ou seja, sabe-se que o atual processo de virtualização não afeta apenas a informação e a comunicação, mas toda a estrutura social, cultural e econômica da sociedade, de maneira que a privacidade das mulheres necessita de uma proteção especial, em razão da trajetória histórica de discriminação e violência sofrida por elas.

4 A ÉTICA DA ALTERIDADE COMO UMA MECANISMO POSSÍVEL PARA A EFETIVAÇÃO DA IGUALDADE DE GÊNERO

³ O apelido da Lei foi em referência a uma situação específica experimentada pela atriz Carolina Dieckmann, em maio de 2011, que supostamente teve copiadas de seu computador pessoal fotos em situação íntima, as quais acabaram divulgadas na Internet.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

17

Os direitos representam um atestado formal de que antes da subjetividade (jurídica) já existia outra. Nessa ceara, os Direitos Humanos possuem a capacidade de criar novos mundos, ao continuamente empurrar e ampliar os limites da sociedade, da identidade e da lei. Paradoxalmente, essa expansão pode enfraquecer o compromisso social, pois os Direitos Humanos não pertencem somente aos cidadãos dos Estados que, explicitamente, mesmo de modo ineficaz, os reconhecem (DOUZINAS, 2009).

Segundo Douzinas (2009, p.350), “os Direitos Humanos ‘existem’ até mesmo antes de terem sido promulgados”. Nesse sentido, pode-se afirmar que tais Direitos detêm certa independência em relação ao contexto do seu aparecimento. Procedimentos legais, tradições políticas e contingências históricas podem fazer parte da sua constituição, mas os Direitos Humanos mantêm uma distância crítica da lei e alargam suas fronteiras e limites. Assim, “depois de Freud e Lacan, o sujeito humano é aquele em que há uma falta e, por isso, deseja o Outro” (DOUZINAS, 2009, p.351).

Somado a isso, portanto, impera desconstruir o universalismo⁴ dos direitos e o historicismo do relativismo cultural, visto que ambos, assim como a ética e a filosofia, encurtam a distância entre o Eu e o Outro e retornam o diferente ao igual. Ao contrário do que afirmava Manfred Frank, para quem “o ser que está diante de mim no círculo da reflexão é o meu Ser”, Douzinas acredita que “o Eu não postula o Outro à sua própria imagem, mas, ao descobrir-se, simultaneamente reconhece o Outro” (DOUZINAS, 2009, p.352).

Douzinas (2009, p.354), apud Levinas, afirma que “a ética da alteridade começa com o Outro e desafia as várias maneiras pelas quais o Outro foi reduzido ao mesmo”. A Alteridade radical de Levinas se apresenta como a solução para se implementar um discurso e prática diferenciados sob nomenclatura de Direitos Humanos. A

⁴ Atualmente prefere-se falar em multiculturalismo a universalismo e relativismo. Nesse sentido, segundo Stuart Hall (2006), o termo “multicultural” refere-se a características sociais e problemas de governabilidade apresentados por sociedades com diferentes comunidades culturais. Já o termo “multiculturalismo” diz respeito a estratégias e políticas usadas para governar ou administrar problemas de diversidade e multiplicidade em sociedades multiculturais.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

18

representação do significado universal desses direitos, no entanto, (ainda) reside na figura do Estado Legislador e não no seu eixo central: as pessoas (DOUZINAS, 2009).

Logo, para Douzinas (2009), o Outro não é a extensão do Eu ou o *alter ego*. Tampouco é o Outro a negação do Eu em uma relação dialética que pode ser totalizada em uma relação futura. Eu e Outro não são parceiros iguais em um nós.

No mesmo sentido de Douzinas, conforme Warat (2010, p.116-118),

deveríamos começar a falar de Direitos da Alteridade. Os que não seriam outra coisa que devires permanentes produtores do novo com o outro. Sementes de um sentido em comum, em comunidade. Sentidos compartilhados, postos para o acordo. [...] Sem Alteridade toda fala dos Direitos Humanos termina em piada ou drama.

A (re)invenção dos Direitos Humanos passa pelos desejos humanos, pelo (re)encontro com o próximo, tão distante de cada um por causa do monastério egocêntrico. A Alteridade é postura de Vida em eterna (re)construção. (WARAT, 2010) Warat (2010) propõe que a Alteridade, o Rosto alheio de Levinas, seja o fundamento principal dos Direitos Humanos. Essa é a conexão que se resgata entre o sentido abstrato da Norma Jurídica e a vida na qual se desenvolve todos os dias, ou seja, conforme Warat (2010), pretende-se religar o inteligível ao sensível, escapando-se de uma Razão carregada de erudição e mortes.

Destaca Warat (2010, p.88):

“Proponho-me a falar dos direitos humanos como cartografia da alteridade como espaços configurativos da geografia humana e seus direitos. [...] Os direitos humanos são redefinidos como direitos da alteridade, não são mais fundamentais senão dialógicos cotidianos e despreocupados com a sua universalização”.

Falta aos Direitos Humanos, de caráter antropocêntrico, uma compreensão sobre a inquietude humana. Completa Warat (2010, p.116):

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

19

Se existe algo que o homem não pode radicalmente ser é permanente em qualquer coisa. É impossível para a natureza humana o permanecer. Perdemos muito mais nessa teimosia por permanecer imutável no tempo, que se deixássemos fluir nessa condição nômade de leveza. [...] A espécie não se permite entender que estar inquieto em desequilíbrio é nossa condição vital.

Warat cria, nesse contexto, o termo Altericação. Segundo ele:

Quero propor este neologismo para referir-me ao processo de transformação de uma concepção individualista para outra que nos considera parte do Direito enquanto alteridade, enquanto espaços de relação com os outros [...]. Prefiro falar ou estabelecer a identidade entre o Direito e a alteridade. Assim, saca o Direito da identificação com o Estado e o abro para a interdisciplinaridade. (...) A alteridade como base de uma concepção emancipatória do Direito” (WARAT, 2010, p.87). (WARAT, 2010, p.86-87)

Por fim, conforme Warat (2010, p.113), “é preciso tentar pensar os Direitos Humanos desde outros lugares menos carregados de certezas, menos propensos a veicular ideias convencionadas”. Assim, a ética da Alteridade apresenta-se como alternativa na questão da violência de gênero.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das ideias apresentadas, pode-se concluir, inicialmente, que a privacidade é um direito fundamental, cujo peso decorre, principalmente, da valoração de sua dimensão coletiva. Além disso, é necessário abandonar o critério binário “público ou privado”, uma vez que a linha que os separa é muito tênue. Da mesma forma, não pode a liberdade de expressão ferir o direito à privacidade.

Diante dessa dificuldade de separar o que é privacidade do que é público, é possível, sim, tutelar, de modo eficiente, o direito à privacidade no âmbito da Internet por meio da utilização de mecanismos jurídicos tradicionais e de medidas de apoio de natureza jurídica, social e econômica, na medida que, seja possível identificar

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

20

rapidamente o conteúdo ilícito divulgado, visando retirá-lo imediatamente de circulação como forma de minimizar o dano.

Proteger a publicidade em público não significa uma tutela absoluta, mas apenas representa a limitação de certas maneiras de usar e de revelar algumas informações, pois nem sempre o que foi feito em público é realmente público. É preciso desenvolver uma interpretação mais gradual para o direito à privacidade, de forma a identificar suas progressivas nuances.

Da mesma forma, não é possível pretender tutelar todas as situações que envolvem problemas de privacidade na Internet, principalmente quando os próprios indivíduos parecem desprezar seu direito a ela.

A privacidade das mulheres merece atenção especial, principalmente através de mecanismos jurídicos, tendo em vista o histórico de discriminação e violência sofrido ao longo da história. Afinal, seja homem, seja mulher, todos partilham da condição humana, merecendo serem escutados em seus anseios, apoiados em suas realizações e valorizados em suas diferenças, enquanto elementos construtores de suas trajetórias.

Na medida em que os Direitos Humanos começam a distanciar-se dos seus propósitos dissidentes e revolucionários iniciais, na medida em que seu fim acaba obscurecido em meio a mais e mais declarações, tratados e almoços diplomáticos, podem-se estar inaugurando a época do fim dos direitos humanos e do triunfo de uma humanidade monolítica em que o Outro é esquecido, especialmente no que se refere à questão de gênero.

Se os Direitos Humanos se transformaram no “mito concretizado” das sociedades pós-modernas, este é um mito concretizado apenas nas energias dos que sofrem violações em maior e menor grau nas mãos dos poderes que proclamaram seu triunfo. Considerando a incoerência discursiva e prática no que se refere aos Direitos Humanos, especialmente no cenário da violência contra a mulher, é necessário refletir sobre a expressão utilizada por Costas Douzinas: decretar o fim dos Direitos Humanos. Será este o caminho pelo qual segue a humanidade?

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

21

O fim dos Direitos Humanos é a promessa do “ainda não”, afinal muito ainda há de ser feito, especialmente no cenário das políticas públicas, para que as mulheres se sintam em condições de igualdade aos homens.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais**: desigualdades sociais numa era global. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BRASIL, Ministério da Justiça; Casa Civil. **Lei nº 12.737**, de 12 de dezembro de 2012. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22 mar. 2016.

CAMPOS, Carmem Hein de. Justiça consensual, violência doméstica e direitos humanos. In: STREY, Marlene Et Al. **Violência, gênero e políticas públicas**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 63-83.

FACCHI, Alessandra. **Breve história dos direitos humanos**. São Paulo: Loyola, 2011.

GIULIA, Tamoyo Leon. **Questão de vida: balanço regional e desafios sobre o direito das mulheres a uma vida livre de violência**. São Paulo: Cladem, 2000, p. 234.

GUIMARÃES, Marilene. A igualdade jurídica da mulher. In: STREY, Marlene (Org.). **Mulher: estudos de gênero**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2001. p. 29-37.

GROSSI, Patrícia; CASANOVA, Maria de Fátima; STAROSTA, Michele. Grupos para homens que exercem violência conjugal: um desafio no enfrentamento da violência de gênero. In: SPREY, Marlene Et Al. **Violência, gênero e políticas públicas**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 195-213.

LAURETIS, T. A tecnologia do gênero. In: HOLLANDA, B. H. *Tendências e Impasses – O Feminismo como Crítica da Cultura*. Rocco Editora. Rio de Janeiro, 1994, p. 206-242.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

22

PETERSEN, Áurea. Discutindo o uso da categoria gênero e as teorias que respaldam estudos de gênero. In: STREY, Marlene Et Al. **Gênero por escrito**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

PIRES, Vera Lucia; FERRAZ, Márcia. Do machismo ao masculino: o vínculo das relações de gênero transformou o homem?. In: GHILARDI-LUCENA, Maria (Org.). **Representações do masculino**: mídia, literatura e sociedade. São Paulo: Alínea, 2008. p.23-37.

SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo**: perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOIHET, Rachel. Mulheres pobres e violência no Brasil urbano. In: DEL PRIORE, Mary. **História das mulheres no Brasil**. 5.ed. São Paulo: Contexto, 2001. p.362-399.

STREY, Marlene. Violência de gênero: uma questão complexa e interminável. In: STREY, Marlene Et Al. **Violência, gênero e políticas públicas**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 13-41.